

A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA AUTONOMIA PRIVADA

Carla Albuquerque Marques

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará

Bacharel em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará

Advogada, e Especialista em Direito Público

pela Universidade Vale do Acaraú – UVA.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto abordar diversos aspectos que cercam os direitos fundamentais, partindo de sua conceituação e de sua sistematização de acordo com suas gerações ou dimensões. Posteriormente, apresentaremos a teoria dos quatro *status* ou relações que o Estado desenvolve com os particulares, de acordo com o entendimento de Jellinek, apontando ainda sua classificação desses direitos relacionada com as funções que exercem em um Estado de direito. Trataremos também da eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*), bem como de sua aplicabilidade, pois, na medida em que ainda não se construiu um grau de consenso, as dúvidas levam a enfraquecer a incidência dos valores que deles irradiam. Será também analisado se é cabível sua aplicabilidade nas relações jurídicas no âmbito da autonomia privada, bem como o grau de sua intensidade. Por último,

focalizaremos o tratamento que os Tribunais de nosso País vêm atualmente adotando acerca deles, levando em consideração as características específicas de nossa sociedade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia. Aplicabilidade. Efetividade. Direito de defesa. Direitos de prestação. Cláusula de abertura. Eficácia vertical e horizontal.

INTRODUÇÃO

Desde a Antigüidade, os pensadores buscavam identificar dentre os valores existentes na sociedade aqueles que seriam de grande magnitude por serem inerentes à natureza humana e, em razão desta magnitude, esse valores eram considerados eternos e imutáveis e, portanto, incidiriam sobre qualquer sociedade. Tais valores tratavam da afirmação da dignidade da pessoa humana, da asserção da participação do indivíduo na vida comunitária e do princípio da legitimidade.

Com a evolução das formas de organização da sociedade e da conscientização do homem como indivíduo, surgiu a consagração dos chamados direitos humanos. Estes resultaram do reconhecimento e da positivação de direitos relacionados aos valores: liberdade, igualdade e fraternidade, direcionados à busca da dignidade do homem e da boa manutenção da sociedade.

Quando tais direitos foram consagrados e positivados na Constituição foram alçados à categoria de direitos fundamentais. Seguindo o entendimento majoritário ² podemos afirmar que os direitos humanos seriam, então, aqueles direitos reconhecidos na esfera internacional, enquanto os direitos fundamentais seriam direitos internos humanos reconhecidos dentro de cada ordem jurídica interna, de acordo com os valores e fatores sociais e políticos de cada Estado, estando, pois, sujeitos à mutabilidade com as transformações sociais que advêm com o decorrer do tempo. São, portanto, chamados de fundamentais os direitos que, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 178), “tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, ou seja, são direitos reconhecidos pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao homem.

Com o seu surgimento, muitas dúvidas foram suscitadas acerca inclusive sobre quais direitos se enquadrariam nesta categoria, bem como sobre a abrangência de sua aplicabilidade imediata, sua efetividade e sua eficácia, de modo que sua previsão nas Constituições, embora tenha representado um avanço, não se mostrou suficiente para realizar sua concretização, a ponto de tornar-se necessária a previsão de garantias para que estes direitos pudessem ser efetivados.

² Não há consenso quanto há distinção entre direito humanos e direitos fundamentais.

O Estado de Direito consolida-se como um governo de leis. E por ser um governo de leis, a justa aplicação das leis torna-se essencial para conferir legitimidade a este tipo de Estado. E mais, deve-se levar em consideração que os direitos fundamentais devem irradiar seus valores em todas as esferas do Poder Público. Mas, com tantas dúvidas que pairam em torno destes direitos e por sua relevância, o estado de incerteza a cerca dos mesmos é, pois, extramente indesejável e prejudicial a um Estado Democrático de Direito.

Portanto, configura-se de grande importância a análise desta categoria de direitos com o intuito de cooperar com a superação acerca das dúvidas acima mencionadas e, deste modo, contribuir para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como os indivíduos, possam abrandar esse estado de incerteza presente em nosso Estado Pátrio, e, assim, respeitá-los, participando de modo mais efetivo em sua concretização, tornando a sociedade mais justa e consciente de seus direitos, deveres e limitações, cada um exercendo seu papel social na medida do que lhe é devido.

1 AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como bem nos lembra Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p.281), a partir da Revolução de 1789, as declarações de direitos tornaram-se mecanismos de luta contra a

opressão advinda do Poder Absoluto do Estado e, como consequência desta luta, o constitucionalismo foi sendo consagrado, modificando a concepção de Estado e reflexamente a relação deste com os seus indivíduos. Surgiram, então, novos desafios que a sociedade deveria enfrentar. Com os novos desafios, surgiram também manifestações sociais. A declaração de direitos do Estado da Virgínia, em 1776, foi a primeira, sendo seguida por outras, dentre elas a declaração dos “Direitos do Homem e do Cidadão” apresentada em 1789 pela Revolução Francesa.

As declarações de direito tinham por intuito fazer com que o Estado reconhecesse e positivasse os direitos inerentes ao homem. Mas, de acordo com o ilustre jurista Paulo Bonavides (2002, p.517), a sistematização e classificação dos direitos fundamentais somente foram apresentadas pela primeira vez pelo jurista francês Karal Vasak em 1979, que, partindo dos valores defendidos pela Revolução de 1789, estruturou o sistema dos direitos fundamentais relacionando-os diretamente à tríade de valores: liberdade, igualdade e fraternidade (PIOVESAN, 1988, p. 28).

Como resultado das revoluções sociais que se opuseram às opressões e injustiças do Poder Absoluto, surgiu um novo conceito de Estado: o Estado de Direito que se sustentaria a partir de um governo de leis em busca de uma sociedade digna e justa. Com seu advento, o discurso

acerca de valores deixa de abranger apenas o direito natural e passa a adquirir um discurso mais científico e sistematizado do Direito, contribuindo para que este se tornasse apto a se sustentar e se efetivar, promovendo, desta feita, a segurança das relações jurídicas estabelecidas na sociedade. Está, pois, o conceito de Estado de Direito diretamente relacionado à ideia de direitos fundamentais.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais atualmente reconhecidos não foram frutos de uma atuação temporal única, isolada, mas sim o resultado de um processo de consolidação de acordo com as necessidades de cada época, o que levou os doutrinadores a apontar suas diversas gerações de acordo com seu sucessivo surgimento histórico.³

Necessário se faz apontar uma observação quanto à terminologia 'geração': indica-se como mais adequado o termo dimensão ao invés de geração, visto que este imprime a ideia de superação de uma nova geração em relação a anterior, o que na prática não ocorre, pois todas as gerações coexistem e se completam em um sistema jurídico uno e indispensável para realização de direito mais justo nas sociedades em geral. Porém, por uma questão de abordagem histórica do tema, utilizaremos o termo geração

³ Há doutrinadores, a exemplo de Paulo Bonavides, que defendem a existência de direitos fundamentais de 4ª geração, direitos estes que foram decorrer da globalização política na esfera da normatividade. São direitos à democracia, à informação, e ao pluralismo (que não serão objetos deste estudo).

ao longo deste trabalho.

1.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos de primeira geração se consolidaram durante o século XIX, como resultado das transformações sociais ocorridas à época, em especial com o acontecimento das revoluções liberais francesas e norte-americanas, que representaram a luta da classe social burguesa em busca do reconhecimento de liberdades individuais, e da conseqüente limitação do Poder Absoluto do Estado, uma vez que este representava uma barreira aos interesses dos burgueses que lutavam para mitigar seu poder e sua atuação e assim alcançar um espaço mais abrangente na determinação da sociedade vigente. Como resultado desta luta, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, que são direitos relacionados ao valor liberdade.

A titularidade desses direitos pertence ao indivíduo, pois tais direitos impõem ao Estado o dever de respeito à esfera de direitos que compõem e garantem as liberdades individuais através da uma atuação negativa, ou seja, os Poderes Públicos passam a abster-se de agir para deste modo garantir a não violação de direitos. Logo, os direitos de primeira geração acabaram por constituírem-se como direitos individuais. O indivíduo, portanto, é colocado em uma posição onde seus direitos estariam protegidos na medida em que se exige do Estado de modo precípua uma

abstenção, revelando seu caráter de *status negativus*, evidenciando a separação entre sociedade e Estado, indicando a atividade negativa (BONAVIDES, 2002, p. 517–518) do poder estatal ao não agredir a esfera individual. Estes direitos são também conhecidos como direitos civis e políticos que segundo Paulo Bonavides (2002, p. 517):

São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Em virtude de sua importância e identidade histórica e ideológica com o constitucionalismo, os direitos de primeira geração foram difundidos e estão atualmente presentes nas Constituições das sociedades civis democráticas.

1.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Ao final do século XIX e com o advento do século XX, período este caracterizado por grandes acontecimentos sociais como a Revolução Industrial e as revoluções do proletariado, a ordem social vigente sofreu grandes transformações que acarretaram o surgimento de novos desafios, donde emergiu uma nova vertente de direitos

fundamentais. Mas estes novos direitos não foram mais constituídos a partir do paradigma do individualismo presente no modelo que o precedeu, mas sim considerando novos fatores e valores extraídos especialmente da luta do proletariado em busca por direitos sociais, econômicos e culturais com o intuito de atenuar as desigualdades sociais, sendo deste feita tais direitos relacionados ao valor igualdade.

Por objetivarem abrandar as desigualdades sociais, os direitos fundamentais de segunda geração inovaram ao exigirem por parte do Poder Público prestações positivas materiais e jurídicas, ou seja, demandavam a ação do Estado (e não mais sua abstenção) visando à concretização do chamado bem-estar social. Logo, a coletividade pode ser apontada como titular destes direitos, que serão efetivados através da positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, dos direitos da própria coletividade (BONAVIDES 2002, p. 518), bem como através de atuações estatais propriamente ditas.

Tais direitos, segundo entendimento de Sarlet (2003, p.53) adquirem uma dimensão positiva na medida em que se preocupam em “propiciar um direito do bem-estar social”. Nesta perspectiva, relacionam-se a direitos prestacionais do Estado perante os indivíduos, como, por exemplo, proporcionar saúde, educação e cultura, entre outros, observando-se aí sua inovação (SARLET, 2003, p. 52):

A nota distintiva destes direitos é sua

dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’.⁴

1.3. Direitos fundamentais de terceira geração

Com as inovações tecnológicas conjuntamente com o aumento do fluxo de informações, tornou-se evidente a percepção de que o mundo era organizado por nações desenvolvidas e subdesenvolvidas (NOVELINO, 2007, p.156), e que tais diferenças deveriam ser amenizadas. Assim, surgiu a terceira geração de direitos fundamentais, agora se conectando ao valor fraternidade ou solidariedade, visando à proteção do direito ao desenvolvimento à paz, ao patrimônio comum da humanidade e ao meio-ambiente equilibrado e sadio.

Estes direitos destinam-se à proteção de direitos difusos, ou seja, não mais se preocupam com a proteção do indivíduo ou de determinados grupos isolados, mas sim do próprio gênero humano em si mesmo (NOVELINO, 2007, p.157), sendo, pois, de grande amplitude.

⁴ Neste contexto evidenciou-se a insuficiência da proteção do indivíduo compreendido isoladamente, constatando-se, pois, a necessidade de ampliar o amparo estatal a determinadas instituições. Surgiu, então, um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais inerentes às instituições de direito público e que compõem suas formas e organização.

Ora, os direitos humanos de terceira geração por se relacionarem diretamente com interesses da categoria gênero humano, ao qual evidentemente não se restringe aos limites das nações constituídas, dependem para sua efetivação da eficaz colaboração entre estas, assumindo a cooperação, desta feita, papel de pressuposto necessário para sua concretização. Evidencia-se, portanto, a grande dificuldade em lidar com tais direitos na medida em que as nações normalmente tendem a possuir valores e interesses diversos e, por vezes, antagônicos. Tornam-se, pois, direitos de difícil efetivação “em face de sua aplicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET 2003, P. 54).

Como meio de superar as diferenças entre as nações, a concretização de tais direitos deve ser construída a partir de uma atuação cooperativa recíproca, do diálogo e da troca de informações, tendo sempre como escopo a conscientização da necessidade da efetivação desses direitos para salvaguardar valores essenciais ao gênero humano.

2 A TEORIA DOS QUATRO *STATUS* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DOS ENSINAMENTOS DE JELLINEK

O Estado não se constitui sozinho, isoladamente, sendo este formado por seus membros. Nesta perspectiva, o

indivíduo, além de ser um ser em si mesmo, se constitui como membro integrante do Estado e, como tal, estabelece com este diversas relações que são essenciais à sua própria manutenção. A partir desta percepção, Giorgio Jellinek, no final do século passado, desenvolveu a teoria dos quatro *status*. De acordo com essa teoria, cada *status* corresponderia a cada uma das facetas das relações jurídicas estabelecidas entre indivíduo e o Estado e suas conseqüentes funções, relações estas que, por sua importância à manutenção do Estado Democrático de Direito, necessitariam de uma proteção especial, constituindo-se, pois em direitos fundamentais. A partir de então, percebeu-se que os direitos fundamentais teriam como escopo cumprir diferentes e importantes funções no ordenamento jurídico (JELLINEK *apud* MENDES, 2002, p. 2).⁵

Ora, num Estado Democrático de Direito, em virtude do pacto político-jurídico que foi estabelecido, é comum o particular se encontrar em posição de subordinação perante os Poderes Públicos que tem competência para lhe impor deveres através de mandamentos ou de proibições. Nestas situações, cabe ao particular apenas respeitar as determinações estatais, desde que não haja abuso por parte do Estado, e no caso de violação pelo indivíduo, tem o Estado recursos para fazer com que suas justas

⁵ Estas funções estão umbilicalmente ligadas às relações jurídicas estabelecidas entre particular e Estado.

determinações sejam observadas. Ressalta-se nesta relação de subordinação, o primeiro *status*, que é por isso denominado de *status* passivo de acordo com tal doutrina.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o indivíduo em determinadas situações se encontra em posição de subordinação frente ao Estado, este, por sua posição privilegiada, não pode agir de forma arbitrária. Reservou-se, então, um campo de espaço de livre atuação ao indivíduo, de modo que o mesmo não sofra ingerências dos Poderes Públicos. O Estado não pode invadir tal esfera do particular, devendo observar os limites quanto à sua autodeterminação reconhecida pelo ordenamento jurídico, restando-lhe apenas não interferir. Trata-se, pois do *status* negativo, ou *negativus*⁶. No caso de haver violação, o indivíduo tem direito a invocar a proteção do Estado, mais precisamente do Judiciário, como meio de retornar ao seu *status quo* anterior. Esse direito é por isso denominado como direito de defesa, uma vez que objetiva a proteção de direitos subjetivos de indivíduos perante o Poder Público.

Porém, na medida em que num Estado Democrático de Direito o povo, que é o titular do poder, delega este poder para seus representantes para que possam propiciar uma sociedade organizada e justa, tem o Poder Público o dever de contraprestação perante os indivíduos, dever este que se materializa através da oferta de bens e serviços que

⁶ Também referido como *status libertatis*, quando observado sob a ótica o indivíduo.

possibilitem as condições essenciais à sobrevivência e a uma razoável qualidade de vida na sociedade, ressaltando a necessidade de alcançar a dignidade do homem. Este dever de contraprestação do Estado coloca o indivíduo em posição de exigir uma conduta positiva que lhe tem como destinatário, agindo concretamente o Estado com o intuito de satisfação dos interesses dos cidadãos, constituindo, assim, o terceiro *status positivus*, a saber, o positivo, também conhecido como *status civitatis*.

Como quarto e último *status* temos o ativo ou *status activae civitatis*, que é também uma decorrência do Estado Democrático de Direito, que se concretiza não somente ao permitir, mas também ao incentivar que o indivíduo participe na formação da vontade estatal, exercendo assim seus direitos políticos.

Ao analisar os diversos *status* ou esferas de relações jurídicas estabelecidas entre particular e Estado, percebeu-se que estas relações, por sua relevância, mereceram uma proteção especial. A proteção foi concretizada para as normas cujos valores por elas irradiados interferiram na sociedade e nos indivíduos que a integra, sendo, pois, tais relações compreendidas no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, percebeu-se que os direitos fundamentais podem assumir diferentes funções na medida em que são diversas as relações existentes entre o particular e o Estado, sendo tais relações imprescindíveis para a sua manutenção.

Para tratar desta problemática, Giorgio Jellinek apresentou uma classificação dos direitos fundamentais a partir das funções que os mesmos exercem dentro do ordenamento jurídico.

3 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE JELLINEK

3.1 Direito de defesa

Conforme vimos anteriormente, os direitos fundamentais de primeira geração funcionam como mecanismos de proteção opostos contra o Estado para assegurar a liberdade de o indivíduo autodeterminar-se dentro da esfera de direitos e valores que nosso ordenamento jurídico lhe coloca à disposição. Ao Estado exige-se apenas abstenção, reconhecendo como seu limite de atuação a esfera de direitos pertencentes aos indivíduos (direitos subjetivos) que por ele não deve ser atingido. Nesta relação de abstenção do Poder Público evidencia-se a presença do *status libertatis* ou *status negativus*.

Porém, se o Poder Público agir, o fizer de forma arbitrária, atingindo e violando a esfera de autodeterminação do particular, este pode recorrer ao judiciário para que o Estado obedeça os seus limites de atuação. Logo, os direitos fundamentais funcionam também como mecanismos de defesa, conforme nos apresenta Alexy (*apud* MENDES, 2002, p.2):

[...] são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento de prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

Porém, não é só o Estado o único destinatário desses direitos. Devem-lhe também respeito os demais particulares frente ao indivíduo detentor do direito negativo, esperando-se, desta feita uma abstenção de conduta, como assim bem assevera Dirley da Cunha Júnior (2006, p.259):

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras posições subjetivas que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes estatais e particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa)

Integram especialmente esta categoria de direitos fundamentais os individuais relativos aos direitos de

igualdade, de liberdade, à vida e o direito à propriedade (direitos que segundo Jellinek são os de primeira geração), dentre outros. O respeito e consequente defesa a estes direitos se dão seja por via preventiva de proteção, seja por via de eliminação da violação após atuação estatal, evitando-se assim o abuso de poder conforme apresenta Canotilho (*apud* SARLET, 2001, p.14):

[...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.

Como conseqüência das importantes funções exercidas em torno de tais direitos constrói-se uma espécie de blindagem de proteção do núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado, blindagem esta que acaba por representar uma limitação efetiva ao poder do Estado.

Em virtude da própria natureza desses direitos, a concretização da limitação exterioriza-se através da abstenção do Estado, ou seja, revela-se em caráter negativo

de direito, o de não fazer. Uma vez que sua proteção se materializa, via de regra, através da abstenção por parte dos Poderes Públicos, torna-se de fácil compreensão por que os direitos fundamentais de defesa são direitos que tem sua efetividade concretizada com certa facilidade.

3.2 Direito a prestações

Os direitos fundamentais de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos de coletividade), são direitos que impõem ao Estado o dever de agir, exigindo realização de condutas ativas ou prestações, de natureza material (saúde, *v.g.*), ou de natureza jurídica (regulamentação das relações de trabalho, etc.), com o escopo de proteger bens jurídicos contra interferência de terceiros, bem como de promover ou garantir a fruição destes bens (NOVELINO, 2007. P.153), evidenciando seu caráter de *status positivus ou status civitatis*.

Funcionando tais direitos como direitos a prestações, caracterizam-se em sua exteriorização de modo diametralmente oposto aos direitos de defesa, uma vez que estes exigem do Estado apenas uma abstenção, impedindo sua ingerência na autonomia dos indivíduos. Neste sentido Sarlet (2001, p.15) nos lembra que:

[...] enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos,

os direitos a prestações, que de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam a postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

Entendimento também explicitado por Alexy (*apud* MENDES, 2002, p.2) que, ao fazer a contraposição entre direito de defesa e direito à prestação, afirma que: “outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*)”.

Os direitos a prestações materiais são conhecidos como direitos à prestação em sentido estrito, uma vez que resultam diretamente da concepção social do Estado, ou seja, são direitos coletivos que ingressam no ordenamento jurídico com o fim precípua de atenuar desigualdades sociais no âmbito das condições materiais indispensáveis, beneficiando desta feita à coletividade como um todo, efetivando deste modo o bem estar social. São, assim, reconhecidos como os direitos sociais por excelência.

No âmbito da realidade fática, como a atuação do poder público consiste numa prestação positiva, ou seja, de agir diretamente com a prestação de bens ou de serviços, é

inevitável reconhecermos que a sua eficácia, se comparada aos direitos de defesa, é mitigada, em especial nos casos em que deve ser observado o princípio da reserva do possível.

3.3 Direito de participação

Os direitos fundamentais como direitos de participação relacionam-se com os direitos de terceira geração, que são direitos que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado. Realçam, pois, o caráter de *status activae civitatis* da relação entre o Estado e os particulares.

Tais direitos se concretizam através da observância de direitos com caráter positivo e negativo, de prestação e de abstenção, compondo-se de direitos de defesa e direitos à prestação, sempre com o intuito de viabilizar a participação do indivíduo na formação da vontade estatal, da vontade política da comunidade da qual é membro. A Constituição Federal de 1988 traz expressamente o rol de direitos políticos e de direitos de nacionalidade como meio de efetivar os direitos de participação.⁷

4 A APLICABILIDADE E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁷ Incluem-se aí os direitos de nacionalidade já que para exercer os direitos políticos têm que ser nacional de acordo com nossa Carta Magna.

4.1 A cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Constituição Federal

Conforme a dicção do § 2º do art. 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nosso ordenamento jurídico pátrio adotou, assim, um sistema constitucional aberto a fundamentalidade material ou, como denominaria Jorge Miranda (*apud* Cristiano Amorim, 2006, p.1), a cláusula de abertura ou de não-tipicidade, segundo a qual se torna possível a ampliação do catálogo de direitos fundamentais materiais, mesmo não se localizando no Título II da Constituição ou estando até mesmo fora desta como, por exemplo, através da inclusão por meio de tratados internacionais.

Assim, introduz esta norma a ideia de que a caracterização de um direito fundamental como tal não está na sua disposição topográfica e sim quanto ao seu conteúdo, quanto à sua materialidade, privilegiando a perspectiva material em detrimento da formal. Desta feita, não há qualquer impedimento que outros direitos previstos na Carta Magna sejam reconhecidos como fundamentais mesmo não estando localizados no título II da Constituição Federal como, por exemplo, o direito fundamental ao meio-ambiente⁸.

⁸ Este posicionamento, no entanto, não reflete um consenso, mas podemos afirmar que no Brasil é a posição doutrinária majoritária e já esta sendo utilizada e reconhecida em decisões nos nossos tribunais.

Diante do exposto, podemos concluir que numa interpretação sistemática da Constituição podemos apontar duas categorias de direitos fundamentais, a saber: os direitos formal e materialmente constitucionais, e os direitos materialmente constitucionais⁹.

Assim, quando se pretende que uma norma que não possua o respaldo formal seja alçada à categoria de direito fundamental, torna-se de suma importância analisar o conteúdo desta, condicionando o seu enquadramento a esta categoria em função da matéria em si contida, ou seja, se os valores por ela irradiados interferem na estrutura do Estado e da sociedade e na posição ocupada pelo indivíduo dentro desta comunidade, ou até mesmo dentre comunidades distintas.

4.2 A abrangência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais

Partindo-se do pressuposto da supremacia da Constituição em nosso ordenamento jurídico, toda norma constitucional é provida de eficácia jurídica, ou seja, possui potencialmente capacidade para produzir seus efeitos

⁹ Canotilho defende uma terceira categoria de direitos fundamentais: os meramente formais, uma vez que embora topograficamente localizados corretamente, estes sofreriam de uma carência de conteúdo, de modo que se enquadrariam na categoria dos direitos fundamentais apenas por sua posição topográfica na Constituição (1993, p.539).

jurídicos. Porém, nem todas têm o mesmo grau de eficácia, dependendo este grau de acordo com o que lhe foi outorgado pela própria Constituição. Logo, algumas normas previstas na Constituição possuem a aplicabilidade direta e imediata, enquanto outras não.

De acordo com o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras de direitos bem como as de garantias têm sua aplicação imediata, ou seja, tem eficácia plena, não dependendo de qualquer atuação do legislativo para alcançarem sua efetividade. No entanto, convêm ressaltar que as normas definidoras de direitos fundamentais, como bem nos lembra Dirley da Cunha (2006, p.248), estão longe de se identificarem funcional e normativamente, o que acaba por dificultar o tratamento uniforme desta matéria.

Há, porém, uma questão prévia que precisa ser analisada: a abrangência material da aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Perquire-se se sua aplicação deve restringir-se apenas aos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, ou seja, aos direitos materialmente e formalmente fundamentais¹⁰, ou se sua aplicação se estende a todos os direitos reconhecidamente fundamentais, abrangendo também aqueles não previstos no Título II ou até mesmo os reconhecidos fora da Constituição Federal em decorrência dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário,

¹⁰ Observar nota de rodapé nº 5.

ou seja, os direitos materialmente fundamentais.

Da análise da posição topográfica exposta na Constituição, como a previsão da aplicabilidade imediata situada no §1º do art. 5º, poderia se extrair o entendimento de que sua aplicação seria restrita aos direitos fundamentais previstos no mesmo artigo. No que pese esta análise, devemos observar que o §1º utiliza-se de uma categoria genérica ao trazer expresso “direitos e garantias fundamentais”, sem fazer qualquer distinção ou discriminação, o que nos leva a crer que a abrangência material da norma atinge a todos os direitos materialmente fundamentais e não apenas os também formalmente fundamentais, não se sustentando a ideia de que há uma restrição quanto à aplicação da norma a quaisquer categorias específicas de direitos fundamentais.

Ao sugerir um exame contextual e finalístico da Constituição, afirma Dirley da Cunha (2006, p. 249) : “sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico-constitucional, **em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza**”. Tal conclusão origina-se no fato de que a nossa Constituição, a despeito de ter sofrido grande influência da Constituição Portuguesa de 1976, seguiu caminho diverso desta ao optar por não traçar distinção expressa entre os direitos de liberdade e garantia presentes em seu Título II e os direitos sociais de cunho prestacional (direitos sociais, econômicos e culturais) presentes no Título III.

Diante do exposto, podemos concluir pela aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais, ou seja, de acordo com o enfoque material, abrangendo desde aquelas constantes no Art. 5º da CF, bem como as previstas fora deste artigo, ainda que consagradas em tratados internacionais.¹¹

A efetividade ou eficácia social, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito e representa, no universo dos fatos, a materialização dos preceitos legais e simbolizando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 1996, p. 82), que quanto aos direitos fundamentais, pela que já foi anteriormente apresentado, também não alcançou um desempenho desejável, justificando assim, a atualidade do tema que tão veementemente vem sendo estudado como meio de aproximar o dever-ser do ser, da realidade social.

4.3 A perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sempre foi admitida, representando a possibilidade do titular de um direito fundamental - o particular - recorrer ao judiciário em busca da defesa judicial de seus direitos, exigindo a contraprestação ao destinatário da norma.

¹¹ Neste sentido, Flávia Piovesan (1995, p.90)

Porém, modernamente, alguns doutrinadores, no âmbito da dogmática constitucional, passaram a defender que os direitos fundamentais são, na verdade, dotados de uma dupla dimensionalidade ou duplo caráter (*Doppelcharakter*), ou seja, possuem uma bipolaridade: subjetiva e objetiva. Decorre este entendimento do fato de que, conforme a lição de Andrade de Vieira (1998, p. 144):

[...] os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

A norma jurídica que contém um direito fundamental estabelece um valor que irá interferir na sociedade como um todo, incidindo sobre as relações constituídas entre o Estado e os indivíduos, mas também alcançará as relações jurídicas que os particulares estabelecem entre si. Assim, de acordo com este entendimento, os direitos fundamentais são compreendidos tanto como direitos subjetivos individuais ao mesmo tempo em que são enquadrados como elementos objetivos fundamentais que interferem diretamente na esfera de uma sociedade. É, pois, com o reconhecimento destas duas esferas de incidência de valor presente em uma norma de direito fundamental que se pode compreender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ora, as normas que consagram os direitos fundamentais sempre contêm uma valoração. Os valores delas decorrentes se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico de modo que acabam orientando as diversas tarefas exercidas pelos órgãos legislativos, executivos e judiciários. Estes valores de natureza jurídico-objetiva servem, pois, como diretrizes e paradigmas para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. É o que a doutrina germânica chama de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*). É por isso que Konrad Hesse ao tratar do tema denominou esses valores de natureza objetiva que irradiam dos direitos fundamentais, valores esses essenciais em uma comunidade política, de “as bases da ordem jurídica da coletividade” (1998, p. 239).

No entanto, o reconhecimento desta dupla dimensão não implica que o direito subjetivo decorre do direito objetivo, mas sim o que se pretende ressaltar é que a norma ao estabelecer um direito fundamental, se subjetivada, não incide apenas sobre os indivíduos, mas também sobre a comunidade como um todo, corporificando valores ou fins que dela irradiam.

E mais, um mesmo direito fundamental pode assumir as perspectivas objetiva e subjetiva, não acarretando a manifestação de uma dessas dimensões em uma exclusão automática da outra. Pode, portanto, um mesmo direito fundamental ser observado sob as duas perspectivas concomitantemente, coexistindo simultaneamente, sem que

com isto haja a ausência ou até o mesmo qualquer enfraquecimento de uma de suas esferas de abrangência.

4.4 As eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais

Quando começaram a qualificar alguns direitos como fundamentais, estes direitos eram oponíveis apenas contra o Estado com o intuito de proteger o particular. Esta proteção era o resultado da evidente presença do binômio poder-sujeição que existe nesta relação, ou seja, é reconhecida como desigual a relação jurídica estabelecida entre eles, sendo por isso chamada sua eficácia de vertical.

A relação de desigualdade compreende-se como um pressuposto do Estado Democrático de Direito na medida em que há a presunção lógica de subordinação do particular perante o Poder Público, pela preponderância do interesse público frente ao interesse particular. No entanto, a atuação do poder público não pode ultrapassar os limites reconhecidos pelo ordenamento jurídico, cuja violação representaria arbitrariedade ou abuso de poder pelo Estado, residindo aí os limites de sua atuação: o Estado pode o que a lei permite.

Com o decorrer do tempo, passou-se a ter consciência de que as violações a direitos fundamentais também poderiam decorrer da atuação de outros particulares, ou seja, de particular contra particular em suas relações jurídicas. Este

entendimento relaciona-se diretamente ao reconhecimento da possibilidade de que um mesmo direito fundamental pode assumir as perspectivas objetiva e subjetiva concomitantemente, coexistindo simultânea e pacificamente.

Ao perceberem que as violações a direitos fundamentais também poderiam decorrer da atuação de outros particulares, doutrinadores passaram então a pensar a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, sendo que tal aplicação seria denominada de horizontal, uma vez que teoricamente os indivíduos se encontram em um mesmo nível, não havendo que se falar em subordinação¹². Nesse sentido Konrad Hesse (*apud* PEREIRA, 2006, p. 138) afirma que: “a liberdade humana pode resultar menoscabada ou ameaçada não só pelo Estado, mas também no âmbito de relações jurídicas privadas”.

No entanto, vale ressaltar que, quanto à aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não há um consenso doutrinário. Ao contrário, diversas correntes foram desenvolvidas no intuito defender posições acerca da existência ou não de sua aplicação.

5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

¹² É possível identificar no âmbito das relações privadas a presença do binômio poder-sujeição que exterioriza a desigualdade entre as partes, como, por exemplo, nas relações trabalhistas.

5.1 Ineficácia dos direitos fundamentais de acordo com a doutrina do *State Action*

Nos EUA, desenvolveu-se a doutrina do *State Action*, que defende a inexistência da eficácia horizontal, ou seja, os direitos fundamentais previstos na Constituição não se aplicam aos particulares, vinculando somente os Poderes Públicos.

Respalda-se essa doutrina no fato de que a Constituição norte-americana de 1787 faz referência expressa somente aos Poderes Públicos como destinatários dos direitos fundamentais.¹³

Considerando o individualismo latente que permeia de modo significativo a cultura geral do Estado norte-americano, outro argumento foi apontado: a crença de que se admitida a eficácia horizontal, a autonomia privada desapareceria, seria deixada de lado.

Todavia, como meio de atenuar alguns dos aspectos mais radicais da *state action doctrine*, ou seja, a não aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, alguns doutrinadores norte-americanos conjuntamente com jurisprudência americana, em especial a da *Supreme Court* (Suprema Corte Americana), desenvolveram a *Public Function Theory* (teoria da função pública) ou da *public function doctrine* (doutrina da função pública). Segundo esta,

¹³ Como exceção há 13ª emenda que acabou com a escravidão (*Civil Right Act* de 1875).

embora os direitos fundamentais só possam ser violados por meio de uma ação estatal, certos atos privados seriam equiparados a ações estatais e em virtude desta equiparação, o óbice quanto à aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares restaria eliminado, mas somente para estes casos.

Críticas pertinentes são elaboradas acerca dessa doutrina, pois reconhecem que, embora atenuada pela *Public Function Theory*, a *state action doctrine* ainda demonstra-se incapaz de concretizar os valores que irradiam dos direitos fundamentais, valores estes que buscam propiciar uma maior dignidade ao homem, reservando a esfera da autonomia privada uma exarcebada proteção.

5.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais

Para a maioria os doutrinadores alemães, os direitos fundamentais não poderiam ser compreendidos como direitos subjetivos dos particulares em suas relações jurídicas privadas, pois se assim fosse possível, acabaria por suprimir a autonomia da vontade, desfigurando a autonomia do Direito Privado (MENDES, 2004, p. 123), argumento este semelhante ao apresentado pelos defensores da doutrina do *state action*. Logo, de acordo com esta teoria, é negada a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2006, p. 210).

Mas, ao mesmo tempo em que negam a aplicação direta dos direitos fundamentais na esfera do indivíduo, tais doutrinadores não deixam de reconhecer que os valores que irradiam desta categoria de direitos atingem o ordenamento jurídico como um todo. Logo, não seria possível excluir o Direito Privado do alcance desta irradiação. Deste modo, os direitos fundamentais exerceriam o papel de paradigma ou de princípios de interpretação tanto das cláusulas gerais, bem como dos conceitos indeterminados do direito privado. Nesta perspectiva, a incidência dos direitos fundamentais sobre a esfera do indivíduo ocorreria por via indireta, cabendo ao legislador ordinário proteger tais direitos nas relações entre indivíduos, sem deixar de tutelar a autonomia privada.

Logo, os direitos fundamentais poderiam ser aplicados às relações entre particulares, mas sua aplicação dependeria da existência de uma lei de direito privado que intermediasse sua aplicação, não sendo possível, desta feita, sua aplicação direta. E, no caso de lacuna do ordenamento jurídico privado, bem como da ausência de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados que poderiam ser interpretados de acordo com os valores que irradiam destes direitos, excepcionalmente poderia o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, sem a mediação do legislador ordinário, mas ressalte-se que excepcionalmente.

Críticas surgiram quanto a esta doutrina, em especial

a de que a aplicação efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas dependeria da vontade do legislador ordinário, além do fato de que como os direitos fundamentais funcionariam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado, essa imprecisão valorativa poderia acarretar em insegurança na aplicação das normas de direito privado.

5.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais

Por último, temos a teoria da eficácia horizontal direta, segundo a qual a aplicação dos direitos fundamentais não necessita de intermediação de lei para que os direitos fundamentais se apliquem às relações entre particulares, sendo sua aplicação direta. Predomina esta doutrina em Portugal, na Espanha e na Itália, países que exercem grande influência no Brasil, onde também há defensores de sua aplicação, bem como já há jurisprudência nacional neste sentido.¹⁴

Embora seja possível a aplicação direta entre particulares, é necessário ressaltar que esta aplicação não possui a mesma intensidade da aplicação ao Estado, pois leva em consideração a autonomia privada uma vez que esta permeia as relações entre os particulares, sob pena de

¹⁴ Nesse sentido, RE 161243/DF e RE 158215/RS.

anulá-la se desconsiderada. Logo, demonstra-se a necessidade de realização de um juízo de ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada, possibilitando, inclusive, quando for o caso, a limitação da autonomia privada em prol da proteção a um direito fundamental justificável.

Além da demonstração da necessidade de realização do juízo de ponderação em virtude do reconhecimento do valor autonomia privada, tem-se um pressuposto que deve ser observado para que caiba a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares: deve-se sempre analisar se no caso concreto há de fato uma desigualdade entre as partes. Se afirmativo, só então estaria justificada a sua aplicação na medida em que se reconheceria que a presunção de igualdade entre as partes não é absoluta, ou seja, por vezes há entre os particulares uma relação de desigualdade. E é justamente por haver tal disparidade de posições numa determinada relação jurídica que o nosso ordenamento poderia aplicar diretamente os direitos fundamentais na esfera privada frente ao caso concreto.

É também na análise do caso concreto que se observa o grau de proteção ao direito fundamental na relação privada: quanto maior for a desigualdade entre as partes, maior deverá ser a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Consequentemente, se a desigualdade entre as partes for mínima, constituindo-se uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia

receberá maior proteção, restringindo-se a proteção ao direito fundamental em conflito.

Outro fator que também deve ser considerado na análise do caso concreto é a identificação da magnitude do bem envolvido na controvérsia. Assim, quanto maior for a magnitude do bem, assim considerado quando essencial à vida humana, o direito fundamental merecerá uma maior proteção frente à tutela da autonomia privada. Caso contrário, ou seja, se o bem for de menor magnitude, a autonomia privada prevalecerá.

Assim, embora os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis às relações privadas, porque independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados caso a caso para verificar se está justificada a sua aplicação, ou seja, identificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal.

5.4 O entendimento predominante no Brasil quanto à eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

Realizando-se uma análise sistemática da Constituição Federal de 1988, podemos observar logo de início em seu art. 3º, inciso I, que a determinação de um de seus objetivos fundamentais é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Aliada a este objetivo, ao trazer expresso um extenso catálogo de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), revelou a Carta Magna sua característica intervencionista

e social.

Outro importante aspecto a ser apontado é que, diversamente do que ocorre na Constituição norte-americana, não há nenhuma indicação no decorrer do texto constitucional de que os direitos fundamentais vinculem diretamente o Estado com exclusividade. Isto posto, compreende-se por que o entendimento predominante do Brasil é pela aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada dos indivíduos.¹⁵

A ideia de horizontalidade apregoada nessa esfera de aplicação dos direitos constitui-se no reconhecimento de que em determinadas situações há entre os particulares uma relação de desigualdade, o que nos remeteria à conclusão de que a presunção de igualdade entre as partes não é absoluta. Porém, somente quando esta igualdade se mostra relevante e o bem em conflito for uma magnitude significativa, é que se justifica na esfera privada a proteção aos direitos fundamentais ao caso concreto.

Partindo, pois, da necessidade da ponderação de valores entre os direitos, a ser realizada no caso concreto pelo Judiciário, percebe-se que tal ponderação, por variar caso a caso. Mas para evitar que a realização do juízo de ponderação não crie uma situação de insegurança jurídica quanto à esfera de autonomia do indivíduo, torna-se essencial

¹⁵ Convém lembrar a necessidade da ponderação feita no caso concreto entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, na medida em que esta também merece respeito e não pode ser descaracterizada.

a identificação de parâmetros que orientem a aplicação do direito fundamental na esfera da relação privada, para deste modo se estabelecer quais direitos e valores devem prevalecer no exercício da ponderação ao caso concreto.¹⁶

O poder judiciário brasileiro, através de seus tribunais, vem em seus julgados adotando de modo discreto, porém, crescente a aplicação imediata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado, servindo de marco para o reconhecimento desta teoria o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ no ano de 2005, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, decisão em que o Supremo Tribunal Federal abordou o assunto de modo direto.¹⁷

¹⁶ Daniel Sarmento defende que um destes parâmetros é a existência e o grau de desigualdade fática existente entre os titulares da relação privada: quanto maior for a desigualdade, maior será a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Já diante de uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia vai receber uma proteção maior, ficando o direito fundamental que com ela entra em conflito mais suscetível a restrições. Outro critério apresentado seria quanto à relevância do bem envolvido: se o bem for essencial à vida humana, receberá maior proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Já se o bem for de pequena magnitude, a autonomia privada será um peso maior. (2006, p. 272/279)

¹⁷ Informativo nº. 405 do STF em outubro de 2005: Exclusão de associado do quadro da Sociedade Civil (União Brasileira de Compositores), sem a oportunidade do contraditório e amplo defesa. O STF decidiu pela necessidade de observância à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, em virtude de seu conteúdo e de suas diversas funções, necessitam submeter-se a um trabalho de esclarecimento e conscientização social, de modo que sejam superadas, mesmo que parcialmente, suas dúvidas primárias, a saber: quanto a sua eficácia e aplicabilidade, bem como a sua qualificação e enquadramento no ordenamento jurídico pátrio. Superadas as divergências iniciais, seria possível uma melhor compreensão quanto a sua real dimensão sobre as relações jurídicas estabelecidas dentro de um Estado de Direito.

Ora, se não alcançarmos um entendimento majoritário e se este entendimento não for aplicado em nossos tribunais, os direitos fundamentais teriam sua aplicabilidade e eficácia praticamente anuladas, na medida em que sua indeterminação resultaria, na prática, na inviabilidade de sua aplicação.

Assim, concluímos que em virtude dos valores protegidos pelos direitos fundamentais, estes devem ter reconhecidas as eficácias vertical e horizontal, ou seja, sua aplicação imediata, tanto no que tange ao Estado, quanto às relações de direito em que estão presentes a autonomia privada e neste caso, não há porque concluir pela sua descaracterização, na medida em que ao colidirem os direitos, sempre haverá um juízo de ponderação dos valores, não sendo a autonomia privada completamente descartada

ou esquecida, mas no máximo, mitigada.

Esta conclusão é ainda mais significativa se a direcionarmos a países onde existem altos graus de desigualdade social, como ocorre no Brasil. Como sabemos, o Estado brasileiro se apresenta faticamente como um Estado injusto e assimétrico se levarmos em consideração os países de primeiro mundo cuja desigualdade social não é tão latente. Dentro de nossa realidade, os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição são vistos e tratados como uma mera utopia.

Nos estados que se apresentam internamente em situação de grande desigualdade social, ou seja, onde tanto a sua estrutura social, política e econômica bem como a sua estrutura estatal institucional estão imbuídas em valores distorcidos, cuja realidade afasta o ser do dever-ser, é inegável a relevante contribuição que resulta de um trabalho de conscientização da necessidade de reforço da tutela dos direitos fundamentais, em especial no campo privado, onde reside a maior opressão do mais forte ao mais fraco.

Diante do exposto, torna-se inegável a necessidade de reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, para que se construa uma sociedade mais justa, digna e igualitária, sob pena de vivermos num Estado onde a arbitrariedade e o abuso de poder por parte dos mais beneficiados se sobreponha ao princípio da dignidade da pessoa humana e da legitimidade do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- CANITILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos sociais fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: Direitos fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados da ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Nº 10, janeiro de 2002. Disponível em: < [www. Direito Público.com.br](http://www.DireitoPublico.com.br) >. Acessado em: 22.06.2008.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA, Jane dos Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações entre particulares. In: Luís Roberto Barroso (Org.). **A nova interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1995.
- _____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Ver., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- _____. Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, vol. I, Nº 1, abril de 2001. Disponível em: < [www. Direito Público.com.br](http://www.DireitoPublico.com.br) >. Acessado em: 25.06.2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n° 24, julho de 2008. Disponível em: < www.revistadoutrina.trf4.gov.br >. Acessado em 22.06.2008.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: Luís Roberto Barroso (Org.). **A nova interpretação Constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.